

Introduction

Quel est l'objet de la philosophie du droit ?

Sans doute, il nous reste encore des leçons à tirer de la pensée d'Eschyle et, plus particulièrement, du débat qui a suscité la création du tribunal humain. Dans *Les Euménides*, le tragédien grec indique l'impasse dans laquelle se trouve Apollon et Athéna. Oreste, pour venger son père, tue, sur les indications d'Apollon, sa mère Clytemnestre. S'il le suit c'est précisément parce que cette divinité incarne la justice : « *Roi Apollon, tu sais ce que c'est d'être juste* ». Toutefois, comme il est d'usage, cet acte ne peut rester impuni et les furies vengeresses, ces « parfaites justicières » se mettent alors en quête d'Oreste. C'est ici que se présente une opposition indépassable : comment rendre justice par la force de la divinité si Oreste, lui-même, a agi sur les conseils d'une divinité ? Autrement dit, comment la justice divine peut-elle être rendue si les arguments d'Apollon et d'Athéna se valent, bien qu'ils soient opposés ? Pour trancher ce débat, la conséquence est sans appel : désormais, c'est un tribunal humain qui se prononcera sur le juste et l'injuste. « *Incorruptible, vénérable, impitoyable, sentinelle éveillée pour garder la cité endormie, tel sera le tribunal que j'institue* »,

conclut la déesse. « *Maintenant il faut vous lever, porter votre suffrage et trancher le procès, en respectant votre serment* ».

Cette pièce d'Eschyle est doublement fondatrice car elle pose la nécessité de la loi et la légitimité d'un tribunal qui soit constitué d'hommes. Sur le premier point, Eschyle insiste sur l'idée qu'une communauté humaine ne peut vivre en paix qu'à condition d'être soumise à un ensemble de lois dont la force tient surtout à la crainte que ces lois inspirent. Cela suggère implicitement que les hommes non seulement ne peuvent vivre sans lois, mais de plus, c'est bien la crainte d'être punis qui motive leur obéissance ; autrement dit, l'homme, étant foncièrement égoïste, n'obéirait sans doute pas aux lois si celles-ci n'avaient sur lui aucun pouvoir coercitif. Sur le deuxième point, confrontée à l'opposition qui existe entre les divinités pour se prononcer sur le cas d'Oreste, Athéna décide, pour lever cette difficulté, de créer un tribunal composé uniquement d'êtres humains. Il s'agit ici de l'impossibilité de recourir aux sentences divines pour juger les hommes puisqu'il n'existe pas de consensus entre les divinités : dorénavant, les hommes seront à la fois seuls juges et coupables. Ce qui est implicite dans la création de ce tribunal humain, c'est le fait que les hommes doivent assumer à la fois la responsabilité de leurs actes et la responsabilité de leurs jugements, les obligeant par là à réfléchir à la constitution d'un dispositif composé de lois communes extérieures qui puisse assurer des sentences justes. Afin que cela soit effectif, ce dispositif devra alors se doter d'un pouvoir

suffisamment coercitif pour se faire obéir, ce qui introduit alors la nécessité d'établir une institution humaine dotée d'un véritable pouvoir de contraindre.

Cette conversion de la justice divine en une justice humaine pose cependant deux problèmes: d'abord, celui de la responsabilité, car si l'acte d'Oreste, ne fait que répondre à un premier crime commis par Clytemnestre, alors il existera toujours un alibi qui puisse, et cela dans une régression à l'infini, déresponsabiliser l'auteur de l'acte. Il est important alors d'assumer que chaque acte est d'abord commis par un agent libre et conscient de ses actes. Ensuite, se pose la question de l'objectivité et de la possibilité pour les hommes de rendre des sentences parfaitement justes. En effet, si les hommes sont juges et coupables, cela peut alors donner lieu à un droit positif lié par exemple aux seuls intérêts du souverain. Dans ce cas, à partir de cette pièce, il faudrait anticiper l'idée que les errements de la loi sont peut-être dus aux seules décisions humaines qui, en l'absence d'un principe universel ou d'un fondement divin, sont incapables de se prononcer impartialement. Ou bien, c'est en raison de cet état de fait que les hommes sont obligés de réfléchir à un dispositif juridique, objectif et rationnel, indépendant du pouvoir et des intérêts des juges. En ce sens, la constitution d'un tribunal humain est un problème à résoudre et une exigence à accomplir: un problème, car la justice n'y est pas d'emblée garantie, et une exigence, car l'humain doit, à partir de ses propres compétences et limites, faire progresser le monde du point de vue moral et cela en ayant recours à des principes juridiques irréprochables. C'est pourquoi, le geste d'Athéna fonde l'horizon de tout principe

juridique humain, à savoir, établir une justice humaine fondée sur un principe universel, indépendant des intérêts humains.

C'est ici tout le défi qui se présente aux hommes : être en mesure de pouvoir établir des lois qui préservent et incarnent le juste au moyen du droit et de ses instruments. Toutefois, contre tout optimisme dogmatique, l'existence du droit est d'abord l'expression de l'irréductible insociabilité qui habite l'être humain. En effet, partant du constat simple que l'individu n'est aucunement un être *asociable*, qui exclut tout rapport à l'autre, force est de constater que la législation juridique est d'abord une réponse à l'impossibilité même de constituer une communauté au sein de laquelle il n'existerait aucun conflit. Autrement dit, si le droit est la condition de possibilité de la société civile, c'est en raison de l'incapacité des hommes à pouvoir vivre spontanément ensemble dans un contexte dépourvu de conflit. La difficulté, c'est que le droit lui-même, et peut-être en raison même de cette insociabilité naturelle, n'est pas une garantie absolue contre l'instauration d'un État injuste. Un règlement peut avoir force de loi, il n'en est pas pour autant une loi juste. De ce point de vue, si le droit s'est affirmé comme un objet philosophique, c'est précisément parce que sa légalité, et plus précisément, la législation juridique devient un élément d'interrogation. En effet, il existe un hiatus fondateur entre la constitution et l'application des lois comme un élément de droit et la considération de ces mêmes lois comme une législation juste. Cette distinction initiale nous conduit par conséquent à questionner les conditions de possibilité de la constitution, de l'exercice et de l'application du droit au

regard de normes qui dépassent l'établissement de sa légalité. C'est à partir de ces fondements qu'il devient alors possible de reconstituer et de discuter ce qui fait l'objet de la philosophie du droit.

Pour comprendre en quoi cette question est loin d'être évidente, il convient en premier lieu de reprendre la double signification du mot droit, à partir d'une étude étymologique. Dans *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II (Paris, Minuit, 1969), Émile Benveniste nous offre une analyse détaillée des racines linguistiques du droit, dont deux méritent, dans notre cadre de réflexion, une lecture attentive. La première concerne le thème nominal **rĕg-* du latin *rex* qui a produit une famille de termes à partir de l'idée de ce qui « *s'étend en ligne droite (orégnumi)* » ou de l'action de « *se porter en avant dans la direction d'une ligne droite* ». De là découle *regula*, « *l'instrument qui sert à tracer la droite* », autrement dit, celui qui fixe la règle. Pris en ce premier sens, le droit s'identifie avec la norme, à savoir avec ce qui règle, réglemente en traçant des limites, des frontières. D'ailleurs, l'expression latine *regere fines* signifie « *tracer en lignes droites des frontières* ». À cette première notion du droit assimilée à ce qui établit des normes, s'ajoute l'exigence d'agir en accord ou en conformité avec ce qui est établi. Cette seconde composante est tirée du terme latin *ius* qui désigne en propre « *le droit* ». Pour la comprendre, il convient de reprendre le mot indo-européen **yous* qui signifie « *l'état de régularité, de normalité qui est requis par des règles rituelles* ». Cela implique l'idée de ce qui est conforme à ce qui se présente comme légitime et de s'y soumettre.

À partir de ces éléments, trois caractéristiques contribuent à définir le droit. Il s'agit d'abord, d'un ensemble de règles constituant une législation extérieure, à savoir des lois qui ne s'appliquent qu'à la sphère de l'action des individus. Elles impliquent l'imposition de limites à l'agir humain afin de rendre possible la constitution d'une communauté. Ensuite, il s'agit d'une législation commune au sens où elle est valide et applicable à l'ensemble des individus, sans exception. Enfin, le droit se réfère à un pouvoir coercitif, susceptible d'imposer sa juridiction et de délivrer des sanctions en cas de transgression de la juridiction prescrite. En ce sens, cette législation extérieure commune et coercitive doit s'affirmer comme une condition de possibilité de la vie en commun. Si cette analyse se révèle pour nous essentielle, c'est précisément parce qu'elle met en évidence une double condition du droit que questionne la philosophie elle-même. En effet, le droit se présente comme la constitution d'une législation dont le but est de fixer des limitations à l'action extérieure et, ici, c'est le respect ou l'action conforme à cette législation qui, en principe, rend possible la coexistence des libertés. Seulement, cette loi n'est pas à elle-même son propre juge, ce qui suppose, d'une part, l'existence de normes susceptibles de pouvoir la légitimer au regard de son application, et, d'autre part, la définition même de ces conditions de possibilité. De ce fait, une philosophie du droit entretient une relation évidente avec une philosophie du politique. S'il est vrai que toutes deux se donnent comme objet de pensée la coexistence des libertés, la première porte sur l'exigence d'une législation juste, de sa dimension normative, fondée en droit, alors que

la seconde interroge la nature et la fondation de l'État. Dans ce cadre de réflexion, il s'agit de deux analyses nécessairement complémentaires pour qui veut appréhender les problématiques liées à la question de la liberté et de la vie en commun.

Toutefois, concernant spécifiquement la philosophie du droit, deux difficultés majeures se présentent, l'une d'ordre terminologique, l'autre d'ordre conceptuel. Du point de vue linguistique, l'expression comme telle, et cela bien que le droit soit constitué comme objet philosophique depuis l'antiquité, n'est apparue véritablement qu'au XIX^e siècle, notamment, sous la plume de Hegel. Sur ce point, Jean-François Kervégan dans sa « Présentation » des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, (PUF, Paris, 2003, p. 23-29) précise que cette expression, employée au préalable par Feuerbach, a surtout été forgée par Gustav Hugo en 1819. Il s'agissait pour cet auteur de repenser le droit naturel à partir d'une philosophie du droit positif, à savoir à partir d'une conception empirique et historique de l'état juridique véritable. L'apport de Hegel, qui conduira à consacrer l'expression, tient à sa visée de démultiplier le concept même de droit : le droit ne se présente plus comme une limitation de la liberté fondant la coexistence des libertés mais bien plutôt comme « *la liberté en tant qu'idée* » dans la mesure où « *chaque degré du développement de l'idée de liberté a son droit propre* » (*ibid.*, p. 24 et 25, et § 29 et § 30). Autrement dit, la liberté, loin d'être une donnée naturelle, s'inscrit dans l'ordre de la médiation, celui d'un acquis au moyen de la coercition du savoir et du vouloir.

Du point de vue conceptuel, le droit comme objet philosophique, ne se caractérise par une approche univoque dans la mesure où elle renvoie à des divisions du droit lui-même et qui en font à la fois toute sa richesse et toute sa complexité. En effet, il est possible au sein de cette réflexion d'opérer les distinctions suivantes : en premier lieu, il est nécessaire de distinguer le droit naturel, fondée en nature, sur des principes ayant une valeur universelle, indépendamment de l'expérience, et le droit positif ou statutaire qui relève de l'arbitraire et qui émane de la volonté du législateur. Le premier renvoie à des droits innés et inaliénables que chaque individu possède par nature et dont les gouvernants sont tenus d'en assurer le respect. Le second désigne l'ensemble des règles en vigueur fixées par le pouvoir législatif, faisant l'objet d'une publication et émanant des conditions sociales et historiques. Au regard de cette précision, le droit naturel peut se présenter comme la norme idéale pour tout droit existant, bien que son effectivité demeure toujours problématique en raison de la force coercitive qui caractérise le droit positif comme droit empirique. Ensuite, il convient de différencier le droit objectif compris comme ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, et qui s'imposent aux membres de la société ; et le droit subjectif qui concerne les prérogatives reconnues à l'individu par la règle. Enfin, il est possible de démarquer le droit privé qui renvoie à l'ensemble des règles de droits qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux, du droit public qui se réfère aux règles juridiques relatives à l'intérêt général, et plus rigoureusement, aux fonctionnements et aux relations des États et des organisations qui les regroupent ou les constituent.